

Title	商業使用人規定の行方：ドイツ商法との比較
Sub Title	Probleme des rechts der handlungsgehilfen: Im Vergleich mit HGB
Author	藤田, 祥子(Fujita, Sachiko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2009
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.82, No.12 (2009. 12) ,p.379- 402
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20091228-0379

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

商業使用人規定の行方

——ドイツ商法との比較——

藤 田 祥 子

- 一 はじめに
- 二 ドイツ商法典における商業使用人
 - (1) 商業使用人の意義
 - (2) 商業使用人と商業代理人の関係
- 三 ドイツにおける商業使用人と商業代理人の関係をめぐる規定の変遷
- 四 ドイツ現行商法における商業使用人規定の変遷
- 五 日本商法との比較
- 六 おわりに

一 はじめに

わが国における商業使用人の規定は、殆どが営業上の代理権に関するものである。これはロエスレルが商業使用人と商業代理人を一体として商業使用人として規定したことによる。平成一七年改正前商法は営業上の代理権

以外の規定が二カ条(平成一七年改正前商法四一条、四五条)しかなく、改正後は支配人の競争禁止義務⁽¹⁾の二カ条(平成一七年改正前商法四一条、現行商法二三条、会社法一二条)になった。この商業使用人の規定というのは、ロエスレルによれば当時のフランス法等には規定がなく、もっぱらドイツ法やスペイン法を参照したものである。

平成一七年商法改正時、商業使用人規定はあまり手を加えられることはなかった。それは問題がないためではなく、難しい問題があったので、内容の検討を先送りしたからである。本稿では、将来の改正も視野に入れて、ロエスレルが参照したドイツ商法における商業使用人及び商業代理人の規定の変遷を追うことにより、わが国における商業使用人規定の行方を考えてみることを課題とする。わが国の商業使用人規定は、上述したように営業上の代理権に関する規定が殆どであり、実際上の問題も営業上の代理権に関するものが多かった⁽²⁾ので、今までドイツ法の研究というと商業代理人に関するものであった⁽³⁾。そこで今回は、商業使用人の規定に重心を置いて検討を加える。その際、わが国の商法では、営業上の代理権以外で唯一残った規定が支配人の競争禁止義務であるため、競争禁止義務を検討の中心とすることとする。ただし今回は商業使用人規定全体を考へる上で競争禁止義務を取り上げるため、競争禁止義務の根拠等には深く立ち入らず、商業使用人規定の中での位置付けに着目して検討する。なお支配人の競争禁止義務の規定は、正確には営業禁止義務(商法二三条一項一、三、四号、会社法一二条一項一、三、四号)と競争禁止義務(商法二三条一項二号、会社法一二条一項二号)の二つに大別されるが、以下では特にことわらない限り、競争禁止義務とする。また競争禁止義務違反の場合については検討の対象外とする。

二 ドイツ商法典における商業使用人

ドイツにおいて、商業代理人と商業使用人は分けて規定されている。いわゆる商業代理人に関しては、第五章

(四八一五八条)に Prokura und Handlungsvollmacht と題して規定している。商業代理人に該当するのは Prokurist 及び Handlungsbefullmächtigte である。Prokurist は支配人、Handlungsbefullmächtigte は、わが国の商法における支配人以外の商業使用人にあたる商業代理人である。そして第六章(五九一―八三条)に Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge と題する規定があり、Handlungsgehilfe が商業使用人にあたる。わが国では前述したように両者をあわせて規定しているもので、まずドイツにおける商業使用人の意義、次に商業使用人と商業代理人の関係について見ていくことにする。

(1) 商業使用人の意義

商業使用人の意義については、商法五九条一文に「Wer in einem Handelsgewerbe zur Leistung kaufmännischer Dienste gegen Entgelt angestellt ist」と定められている。この規定によれば、商業使用人とは、商業において報酬を得て商業上の労務を提供するために雇用される者をいう。商業使用人の意義については四つのメルクマールがある。⁽⁴⁾ まず第一に雇用されている者でなければならない。つまり商業使用人は、労働者 (Arbeitnehmer) であって非独立 (unselbständig)⁽⁵⁾ の者である。非独立という点で独立している代理商と異なる。⁽⁶⁾ 非独立というものは、人的従属性 (persönliche Abhängigkeit) を意味する。⁽⁷⁾ 人的従属性すなわち営業主に従属するというのは、典型的には、指揮命令に服する (Weisungsgebundenheit, Weisungsunterworfenheit) ⁽⁸⁾ ことにより生ずる。弁護士、税理士、公認会計士や医師といったいわゆる自由業は、人的従属性を欠くため商業使用人ではない。⁽¹⁰⁾ また商人の家族 (Familienangehörige) は、契約の内容によるが、商業使用人ではない。⁽¹¹⁾

第二に商業 (Handelsgewerbe) 上、雇用されていることである。つまり使用者 (Arbeitgeber) は、商人でなければならぬ。⁽¹²⁾ ここでいう商人は、商法一条から六条の意味での商人である。⁽¹³⁾ 商業 (Handelsgewerbe) の意

義については、商法一条二項に「商業とは、企業が商業的な方法で組織した営業を性質と範囲につき要求しない場合を除き、各営業のことをいう⁽¹⁴⁾」と定めている。

第三に商業上の労務の提供であるが、商業上の労務 (Kaufmännischer Dienst) の概念については、法律上規定されていない⁽¹⁵⁾。機械上 (mechanische) のあるいは技術的 (technische) な労務ではなく、精神的 (geistige) な労務を指す⁽¹⁶⁾。

そして最後に有償性 (Engelichkeit) である。有償性は民法 (BGB) 六一一条の雇用契約を基礎とする⁽¹⁷⁾。

(2) 商業使用人と商業代理人の関係

商業使用人の規定は、部分的に商業代理人の規定と交差する。商業使用人は、同時に支配人又は商業代理人になることができる。支配権又は商業代理権は代理権限を示すに過ぎず、したがって第三者との関係における法律関係にかかわるものである。これらの規定は、外部関係 (Außenverhältnis) にのみ関連するものである。それに対して商業使用人の概念は商人に対する法律関係にかかわるもので、内部関係 (Innenverhältnis) と理解される⁽¹⁸⁾。

次に外部関係 (商業代理人) と内部関係 (商業使用人) に規定がはっきりと分かれていく変遷を見ていくこととする。

三 ドイツにおける商業使用人と商業代理人の関係をめぐる規定の変遷

現行のドイツ商法典 (HGB) の前身にあたるのは、一八六一年のドイツ普通商法典 (ADHGB) である。

ドイツ普通商法典制定にあたっては、プロイセン草案⁽¹⁹⁾とオーストリア草案が提出され、プロイセン草案を基礎にオーストリア草案が参酌された⁽²⁰⁾。プロイセン草案では第六章（三九条以下）に支配人（Faktoren）、第七章（五二条以下）に商業使用人（Handlungsgehüfen）が規定されていた。支配人の原語は現在の Prokurist とは異なり Faktor で、定義規定は三九条にある。

プロイセン草案三九条

Wer von dem Eigentümer einer Handelsniederlassung (Prinzipal) den Auftrag erhält, in dessen Namen und für dessen Rechnung das Handelsgeschäft zu betreiben (Prokura), ist Faktor (Handlungsvorsteher, Prokurist, Disponent).

「営業所の所有者（営業主）より営業主の名前でその計算により商行為を行うこと（プロクラ）を委任された者は Faktor である」として括弧の中に Prokurist がはいつている。プロイセン草案は、Faktor の規定を置くことによりローマ法の制度である Institor（支配人⁽²²⁾）から現代法の Prokura と Handlungsvollmacht へと橋渡しをしたのであって、プロイセン草案三九条から五一一条によって主として現行商法の四八条から五六条が形作られたのである⁽²³⁾。しかしながらプロイセン草案においては、Faktor の規定に内部関係である競業禁止義務の規定がある。

プロイセン草案四六条一項

Ein Faktor darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines

Dritten Geschäfte machen.

支配人は、営業主の許諾なしに自己又は第三者の計算で商行為をしてはならない。

商業使用人に関する競争禁止義務は、五八条に規定されている。

プロイセン草案五八条一項

Ein Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.

商業使用人は、営業主の許諾なしに自己又は第三者の計算で商行為をしてはならない。

このプロイセン草案では、**Faktor**と**Handlungsgehülfe**の概念は、対置するいくつかの人のクラス (verschiedene Classen von Personen) となっている⁽²⁴⁾。その後、ドイツ普通商法典では、**Prokuristen**及び**Handlungsbevollmächtigten**の規定(第五章四一条以下)と**Handlungsgehülfen**の規定(第六章五七条以下)がはっきりと分けられ⁽²⁵⁾、体系的分類が整えられた。つまり同一人物が**Prokurist**又は**Handlungsbevollmächtigter**であり同時に**Handlungsgehülfe**たりうるということが強調される⁽²⁶⁾。ドイツ普通商法典五八条⁽²⁷⁾において、商業使用人は営業主の名前及び計算において法律行為をなす権限を与えられていず、営業主にその商業において法律行為を委託された場合に、商業代理人の規定が適用されると規定している。この規定は、無因原則 (Abstraktionsprinzip) が基本的な考え方として認識されてからは、不必要で欠陥があると主張される⁽²⁸⁾。またドイツ普通商法典にも、各章に競争禁止義務の規定⁽²⁹⁾がある。

一八九七年商法（現行商法）では、内部関係と外部関係の混合がはつきりと克服された。一八九五年の第一章案理由書³⁰⁾において、「第五章は、商行為の所有者 (Inhaber des Handelsgeschäfts) と代理人 (Bevollmächtigten) 間の内部関係を考慮することなく支配権又は商業代理権を付与することによって第三者に生じる効果を規定している。それに対し第六章は、商行為の所有者とその使用人との雇用関係を取り扱う。つまり使用人が同時に商業代理人か否かで違いを設けていない」と説明されている。現行商法典において商業使用人と商業代理人の規定が代理の無因性の概念から委任 (Mandat) と代理 (Vollmacht)、つまり内部関係と外部関係を首尾一貫して区別したものとなった。これにより競業禁止義務の規定は、第六章にのみ置かれることとなった(六〇条)。

以上みてきたように立法者が、内部関係(五九条以下)と外部関係(四八条以下)を徹底した形で分離したことにより、営業主とその使用人の法律関係が商法典にあるのは正しい場所なのかという疑問が生じ、商業使用人規定は大きな変更を加えられていくことになる。

四 ドイツ現行商法における商業使用人規定の変遷

商業使用人の規定に関しては、退職後の競業禁止義務に関する規定(七四a条ないし七四c条、七五a条ないし七五f条、八二a条)が法典編纂後比較的早い時期である一九一四年に追加され、更に七五g条及び七五h条が一九五三年に追加された他は、労働法関係の他の法律に内容が移され、漸次削除されていっている。

主な削除規定を見てみるとまず商業使用人の解約告知(解雇)に関する六六条ないし七二条が、一九六九年に第一労働法改定法 (erste Arbeitsrechtsvereinigungsgesetz vom 14. 8. 1969 BGBl. I S. 1106) により削除された。また同年、商業見習いに関する七六条ないし八二条が職業訓練法 (Berufsbildungsgesetz vom 14. 8. 1969 BGBl. I

S. 1112) により削除された。近年では、二〇〇二年に七三条が営業法修正法 (Gewerbeordnungsänderungs-gesetz vom 24. 8. 2002 BGBl. I S. 3412) により削除された。

このように商業使用人の規定については、わずかで断片的なものとなってしまう。残っている規定の中にも一九九〇年ドイツ統一により新たに加わった旧東ドイツの州には、適用されないものもあり、また存在意義を失ったものもあることから、より制限されたものとなっており、今日、商業使用人規定について強い意義は失われたと解されている⁽³¹⁾。このことは基本書を見ても明らかである。基本書の約半数ほどが現在 Handlungsgelilfe という文言を目次で扱っていない⁽³²⁾。更に事項索引にさえ Handlungsgelilfe が載っていないものもある⁽³³⁾。事項索引でかろうじて扱われているものに関しても歴史上の偶然で商法に規定されたが、現在では労働法に分類されており、商人の特別な法ではないという記述⁽³⁴⁾や、代理商や商業代理人等との関係で若干の記述⁽³⁵⁾がなされているに過ぎない。

現在、残っている条文の中で重要なものは競業禁止義務である⁽³⁶⁾。競業禁止義務には、ドイツ法では雇用関係中の義務として法律上の競業禁止義務 (六〇、六一条) と退職後のものとして契約上の競業禁止義務の規定 (七四条以下)⁽³⁷⁾ がある。退職後の競業禁止義務である七四条以下については、連邦労働裁判所 (BAG) の判例上⁽³⁸⁾ すべての労働者に適用されることが認められていたが、二〇〇三年一月一日より営業法 (Gewerbeordnung) 一一〇条二文により商法七四条以下がすべての労働者に適用されることが明文で規定された⁽³⁹⁾。競業禁止義務については、雇用契約中よりも退職後の方が問題となることが多い⁽⁴⁰⁾が、わが国の商業使用人規定には退職後の競業禁止義務に関する規定がないため、本論文では、これ以上立ち入らない。以下では雇用関係中の競業禁止義務につき見ておくこととする。

商法六〇条一項

Der Handlungsgehilfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder ein Handlungsgewerbe betreiben noch in dem Handelszweige des Prinzipals für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen.

商業使用人は、営業主の許諾なくして商業を営むことも自己又は他の者の計算において営業主の営業の部類に属する取引をなすこともしてはならない。

商法六〇条一項では、営業禁止義務と競業避止義務が規定されている。前者の営業禁止義務に関しては、連邦労働裁判所（BAG）は、憲法（GG）一二条の職業選択の自由（Berufsfreiheit）に違反する疑いがあるとして、大幅に制限して解釈している。すなわち、営業主の承諾なく商業を営むことが禁じられるのは、営業主を侵害するおそれがあるとき、つまり商業使用人が営業主の営業の部類に属する商業を営みそれによつて商業使用人と営業主が競争関係にたつ場合に限られるとする⁽⁴¹⁾。

後者の競業避止義務に関しては、適用される人的範囲が問題となる。条文の文言上からは、商業使用人にものみ適用されることになる。しかしながら商法六〇条は、その基礎を労働者の誠実義務（Treupflicht）に置くものであつて、連邦労働裁判所は、すべての労働者に適用されるものと認めており、⁽⁴²⁾ 学説もそのように解している。⁽⁴³⁾

競業避止義務が商業使用人規定の中でも重要なのは、このように明文上あるいは判例上（解釈上）すべての労働者に適用されるとされているからであり、商業使用人に本質的な特別規定は、もはや存在しないと言われている。⁽⁴⁴⁾

五 日本商法との比較

ロエスレルは、商法草案の緒言でその構成として商人と商業取引の二巻に分け、商人の巻にいれるものとして第四に商人の使用人即ち総理代人、部理代人及び商業使用人をあげている。⁽⁴⁵⁾ 原文では、総理代人が *Procuristen*、部理代人が *Bevollmächtigte*、商業使用人が *Handlungsgehülfen* である。⁽⁴⁶⁾ これは、同じところにいれるかどうかは別としてもドイツと同じであり、ロエスレルもドイツと同じ主義をとっていることが示されている。しかしながら実際の題号は「代理人及商業使用人」(*Von Procuristen und Handlungsgehülfen*) となっており、部理代人が抜けている。

商業使用人の最初の規定である五二条においてロエスレルは「伊斯波仁亜商法第百八十七条及ヒ第百八十八条ニハ支配者又ハ手代ニ対スル別段ノ委任規則ヲ掲クレトモ之レ過度ノ注意ト云フヘシ又独逸商法第四十七条及ヒ第五十八条ニモ商業使用人ト商業部理代人トノ間ニ區別シテ以テ商業使用人ハ元来主人ノ為メニ取引ヲ執行スルノ権利ナシ其之レヲ為シ得ヘキ為メニハ別段ノ命令ヲ受クヘシ而シテ此命令ハ即チ委任ニ殊ナラスト為セトモ又齊シク過度ノ煩則ト云フヘシ之ニ反シテ独逸ノ法律學上ニ於テハ商業使用人及ヒ商業部理代人ハ同一ノ人タリ又實際取引ノ執行ヲ委託シタルニ付テハ併セテ取引全權ヲ委付シタルコトヲ認定セリ之レ即チ草案ノ憑拠トスル所ニシテ又實際ノ成事ナリ」と述べている。⁽⁴⁷⁾ ロエスレルは、その参考とするスペイン法もドイツ法も過度の規定がなされているとする。ドイツ法において商業使用人と商業代理人は、条文上區別されているが、学説上も実際上も商業使用人は商業代理人と同一人物であるからこの草案においても一体として規定したということであろうか。ただしここでいう商業代理人とは、原文では *Bevollmächtigte* になっている。したがって一体としたのは、商業使用人と *Bevollmächtigte* だけであって支配人は別になっているため、題号から部理代人だけがなく

なったものと思われる。題号で代理人が先になっているのは、ドイツ法の規定の順番と同じである。競業禁止義務については、まず支配人の規定である第五一条にでてくる。

五一 条 代理人ハ自己ノ計算ニテモ又ハ他人ノ計算ニテモ商業ヲ営ムコトヲ得ス若シ此規則ニ背キタルトキハ第六十四
条ニ規定シタル結果ノ外主人ノ望ニ従ヒ其既ニ為シタル商業取引ヲ主人ノ計算ニ振り替ヘ且ツ損害ヲ起シタルトキハ之
ヲ補償セサルヘカラス

Art. 51. Ein Procurist darf weder für eigene Rechnung noch für Rechnung dritter Personen Handel treiben, und
muss, wenn er diese Vorschrift übertritt, dieso abgeschlossenen Handelsgeschäfte auf Verlangen des Principals
für dessen Rechnung gelten lassen und etwaigen Schaden ersetzen, abgesehen von der weiteren in Artikel 64
verordneten Folge.

この規定は、いわゆる営業禁止義務である。「営業主の許諾なしに」(ohne Einwilligung des Prinzipals)という文言が入っていない分、ドイツ法よりも厳しい規定になっている。ロエスレルは、この規定を置いた理由につき「代理者カ主人ニ対シテ有スル代理権ノ宏大無限ナル所ニ在ル」と説明している。つまり代理権に基づく義務であるとするのである。そして商業使用人に関しても五八条において五一 条の規定が準用されており、現在と異なり、支配人だけでなくその他の商業使用人にも営業禁止義務が課されている。

五八 条 第四十六 条第二 項及ヒ第四十九 条第五十 条第五十一 条ニ定メタル規則ハ商業使用人ニモ亦準用スヘシ

この規定につきロエスレルは、「本条ニ掲出スル諸規則ヲ商業使用人ニモ準用スヘシト云フノ原因ハ凡ソ此諸規則ハ総テ代理主義ノ流出」したものであるからと説明している。この義務は、現在ドイツ法では、内部関係に關するものであつて代理権に基づくものではないと解されているが、ロエスレルは、代理権に基づくものとしてらえていることがわかる。つまり商業使用人規定は、ロエスレルの意図によれば四三条から五一条までが支配人の代理権に關する規定、五二条から五八条がその他の商業使用人の代理権に關する規定、そして五九条から六六条が商業使用人の雇用契約に基づく規定つまり内部関係の規定という三部から構成されていることになる。このようにロエスレルがドイツ普通商法典の考え方や構成に大いに影響をうけたことが伺われる。

雇用契約 (Dienstvertrag) に基づく規定がはじまる五九条においてロエスレルは「雇入契約ノ原則ハ民法ニ記載セルモノヲ以テ商業使用人ニモ亦適用スヘシト云フコトヲ以テセリ但シ之ニ關スル不確ノ廉ヲ避ケ且ツ或ル点ニ就テ商業上ノ需求ニ応センカ為メ尚ホ別段ノ規則數件ヲ附加シタリ」⁽⁴⁸⁾と述べて民法の雇用契約が原則として適用されるが、労働関係に關する商業使用人固有の規定をおいた旨が説明されている。ここで若干気になるのは、五九条の説明において「商業使用人及ヒ代理人ハ必スシモ主人ノ雇人ニ限ルコトナクシテ或ハ主人ニ対シ他ノ關係ヲ有スル者ナルコトアリ則チ重モニ家屬或ハ妻子ニシテ主人ノ營業ヲ扶助スル者ノ如キ是ナリ」と説明していることである。(49)での商業使用人の原文は確かに Handlungsgehülfen なのであるが、この説明は、通常 Prokurist 及 Handlungsbvollmächtigte に使われるものであり、ロエスレルは、商業使用人と商業代理人を混同して書いてあるふしがある。これら雇用契約に基づく規定は、旧商法典 (明治三三年) においても権利の縮減はなされたが条文数は維持された。ところが明治三三年商法典では、民法と重複し、かつ慣習によるべきところはことごとく削除され、⁽⁵⁰⁾雇用に關する部分の条文は、平成一七年商法改正前の雇用関係に民法を適用するという条文のみ残されることとなった。このように見えてくるとそれが妥当かどうかはさておき、ロエスレルの考えに

よれば、競業避止義務は代理権に基づくものと解していたのであるから、我が国においてはすでに明治三二年商法典の段階で商業使用人に関する規定は雇用関係に民法の規定を適用するという一カ条になっていたため、ドイツ法にみられるような商業使用人の規定は労働法の性質を有するものであり、商法からなくすべきであるという考えはすでに達成されていたことになる。ドイツ法の注釈書の中には、第六章商業使用人及び商業見習いの参考文献を労働法の文献と商業使用人法の文献に分けて労働法の文献から先に書いているほど、労働法について意識せざるを得ないのは、条文が漸次削除され断片的になったとはいえ、未だ商業使用人つまり内部関係の規定が商法典に多く残っていることと密接に関係しているものと思われる。翻つてわが国では、昭和一三年商法改正時において、是非とも商法に規定すべきは商業代理の問題であつて商業使用人の問題は必ずしも商法に規定するを要せず、むしろ商店法又は民法等に譲るべきものであるという考え方から主人と商業使用人との間の内部関係の規定は別に一纏めにするか又は商法より除いた方がよいとする見解があつたが、そのような検討はなされなかつた。これは題号こそ商業使用人であるが、規定の殆どが営業上の代理権に関するものであるため、労働法に移す必要性が實際上感じられなかつたことによるものではないかと推察される。

ロエスレルの考えと異なり、競業避止義務は現在、代理権に基づく規定とは考えられていないため、商業使用人本来の規定は、この一カ条だけ残っていることになる。わが国では、競業避止義務に関し、二つのことが問題としてあげられる。まず第一に、他の競業避止義務とのバランスである。つまり取締役の競業避止義務等と比較すると支配人の競業避止義務が営業禁止も含まれているため厳しすぎてバランスを欠くというものである。この点については、平成一七年商法改正の要綱試案（平成一五年一〇月二日）第二部 総則関係 3 使用人（2）会社の支配人の競業避止義務等において「会社の支配人について、営業主の許諾がなければ、みずから営業を行うことや、会社の無限責任社員や取締役等となることを禁止する規制を見直し、取締役と同様の競業避止義務のみ

を負うものとするなどの当否等については、なお検討する」とされた。パブリックコメントでは、おしなべて賛成意見が多かった。⁽⁵³⁾ 法制審議会会社法（現代化関係）部会第一二回会議⁽⁵⁴⁾では、職務専念義務を課す、会社法上の取締役と同じルールにする、契約に任す、この三つの選択肢があつてもよいのではないかという意見の他は、積極的な賛成意見がみられなかったところ、その後の第二〇回会議⁽⁵⁵⁾において事務局から支配人と会社における役員とは責任等の面で違いがあるなどの理由で、格別の取り扱いの変更をしないという提案があり、それが受け入れられた。⁽⁵⁶⁾ 営業禁止義務に関しては、ドイツでも同様の規定があるが、上述したように連邦労働裁判所により憲法一二条（職業選択の自由）に違反する疑いがあるとして大幅に制限されており、わが国においてもその範囲につきまもう一度検討する余地がある。

次に支配人についてのみ競業禁止義務の規定があるため、商法二五条、会社法一四条の商業使用人に関してはどのように考えるのか、つまり支配人の規定を類推適用するの可否かという問題がある。前述したようにロエスレル草案では、支配人とその他の商業使用人の両者につき同じ競業禁止義務が課されていた。ところが明治三二年商法典制定の議論の中でその他の商業使用人については競業禁止義務の規定が意図的に削除されてしまった経緯がある。⁽⁵⁷⁾ 現在この問題については、支配人の競業禁止義務の規定がある程度、類推適用すべきであるとする見解⁽⁵⁸⁾がある。またこれらの使用人は支配人と比べて権限の範囲が狭いことにかんがみ、代理商の競業禁止に関する規定を類推適用するのが妥当であるという見解⁽⁵⁹⁾もある。これに対し、一般に使用人は雇用契約上の付随義務である誠実義務の一環として使用者に対して競業禁止義務を負担していると解されており、その競業禁止の範囲はそれぞれの雇用関係ごとに異なり得るため、雇用契約関係に基づく義務と捉えれば足り、禁止範囲が定型化されている支配人や代理商の競業禁止規定をそのまま類推適用すべきではないという見解⁽⁶⁰⁾がある。注目すべきは、いずれの見解も何らかの競業禁止義務を負っていると考えていることである。わが国の民法では、競業禁止義務も、

広い意味では労務者の誠実義務の一種であり、支配人等の競争禁止義務の趣旨を雇用における労務者一般にも広く類推されるべきという見解がある⁽⁶¹⁾。また労働法においても労働契約関係において誠実義務に基づく付随的義務として競争禁止義務が肯定されている⁽⁶²⁾。つまりドイツにおけるのと同じ考え方にたっているにもかかわらず、商法だけが隔絶しているといえよう。これはドイツ商法における商業使用人の規定が他の労働者にも適用される点で重要なものとなっているのと大きな違いである。このような違いが生じた原因として考えられるのは、わが国の商業使用人規定が商業使用人と商業代理人を一体として商業使用人として規定したことにより、商業使用人の意義に雇用関係を要するかどうか説が分かれていることや、明治三二年商法典制定時に支配人のみに競争禁止義務が認められ、それが取締役等のものとは異なり営業禁止も含む広い範囲のものであったことなどである。以上みてきたように競争禁止義務については物的・人的範囲そして商業使用人規定に明文として置くか否かといったことを取締役等、他における競争禁止義務の規定とあわせて横断的に検討する必要があると思われる⁽⁶³⁾。

商業使用人規定の行方を考えるときに競争禁止義務の他、考えるべきは題号である。規定の殆どが営業上の代理権に関するものであるにもかかわらず、題号は商業使用人のままである。特に平成一七年商法改正により会社法では、「会社の使用人」という題号になったため、更に題号と中身の乖離が進んでいる。ロエスレルは、わが国の商業使用人の規定をつくるにあたり、営業上の代理権を有するが雇用関係のない者も含んで考えていたのに対し、明治三二年商法典の起草者である岡野敬次郎は、雇用関係があることを前提に代理権が与えられているのか否か、与えられているとしたらどの範囲でかという考え方をしていた⁽⁶⁴⁾。わが国の商業使用人の意義に雇用関係を必要とする見解は、まず営業主の下で働いている者を前提に、その者にどのような権利義務を与えるのかという考え方をしているものと思われる。「会社の使用人」という題号もそのような考え方によるものと推測される。そうであるとすれば、わが国において商業使用人と商業代理人の規定を完全に分けるというのは難

しいのではなからうか。

もし題号を商業代理人に変えらるとすると、商業代理人という言葉は、企業の補助者でありながら独立の商人であるもの（企業外補助者）を当然には排除しないから、商業使用人という言葉は商業代理人に置き換えるだけでは正確でないという指摘がある。⁽⁶⁵⁾ ドイツにおいてもわが国においても商業使用人と代理商は、非独立の補助者と独立の補助者として区別されてきた。この体系自体が時代遅れであるという主張がドイツでなされている。⁽⁶⁷⁾ 代理商は、今日、いわば労働者の身分のない商業使用人の法ではなく、現代の販売組織法のために形成されたものであるという。⁽⁶⁸⁾ このように考えてくると商業使用人規定の行方を考えるには、代理商との関係も考えなくてはならないことになる。わが国においては、平成一七年商法改正時に会社法に内部充足的な規定として商業使用人と代理商の規定が取り入れられたが、それが適切であったのかも検討する必要があるであろう。

六 おわりに

本稿では商業使用人規定の行方をドイツ商法と比較しながら考察してきた。ドイツでは、現行商法において営業主と商業使用人の内部関係と第三者との関係である外部関係が規定上完全に分けられている。しかしながら当時のドイツ法を参考としたロエスレルは、ドイツ普通商法典の影響を大きく受けており、完全に分けた形では規定を作らなかつた。その結果として商業使用人と商業代理人の規定を一体として定め、競業禁止義務に関しても代理権に基づくものと解していた。ドイツでは、完全に分けてしまったことにより、内部関係は、本来労働法に置かれるべき規定であるとして、漸次条文が労働法分野に移され、削除されていったが、わが国においては明治三二年商法典制定時に労働法に置かれるべき規定が殆ど削除されてしまったため、商業使用人規定と労働法の関

係についての議論が殆ど生じなかった。

わが国で問題となつたのは、競争禁止義務に関する物的・人的範囲である。物的範囲については、ドイツ法の解釈と同様に考えることができるのではないかという方向性が示唆される。人的範囲については、わが国の民法・労働法がドイツ法の考え方を色濃く反映しているにも拘わらず、やはり明治三三年商法典制定における議論の中で支配人のみに変更されてしまったためにわが国独自の問題として労働法と関連することなく論じられていくことになった。競争禁止義務に関しては、内部関係の規定として削除するか否かも含めて取締役等といった他の規定と横断的に検討していく必要があると思われる。またその他のわが国特有の問題としては、題号があげられる。営業上の代理権に関する規定が殆どであるにもかかわらず題号が商業使用人のままであり、また平成一七年商法改正により、会社法では、題号が「会社の使用人」という規定の内容と逆行するかのようなものになつたことである。この点については、立法者が商業使用人規定に関して雇用契約関係にある者を前提としているものと思われ、この前提を取り除くには困難が伴うと考えられるため、ドイツで主張されているように内部関係と外部関係をはつきりと分ける規定にできるかどうかは疑問なしとしない。

商業代理人に題号を変更した場合、代理商との区別が困難になるという指摘があるが、この点については、ドイツで非独立と独立の補助者という分類がすでに古いものであるという主張があり、代理商も含めて規定の体系を考える必要がある。本稿では、商業使用人の規定に重心を置いて規定の行方を考えることを課題としたが、その際、どこが問題となるのか、どの点を検討しなくてはならないかが明らかになつたものと思う。

(一) 平成一七年改正後の条文見出しは、支配人の競争の禁止となつてゐるが、本論文では支配人の競争禁止義務とする。

- (2) 例えば、平成一七年改正前商法四三条（商法二五条、会社法一四条）の商業使用人に関する最判平成二年二月二二日商事法務二二〇九号四九頁。
- (3) 服部育生「ドイツ商法の支配人制度」『現代企業と法』（名古屋大学出版会、一九九一年）九五頁以下、脇阪明紀「支配人—Klaus Hofmann. Der Prokurist, 6AufI., 1990 を素材に—」沖繩法学二二号（一九九三年）八一頁以下、吉本健一「ドイツ商法における商事代理人の代理権」『阪大法学四五卷三・四号（一九九五年）五七頁以下、南保勝美「商業使用人の代理権」法律論叢七八巻四・五号（二〇〇六年）一九九頁以下。
- (4) Boecken, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, *Handelsgesetzbuch*, Band 1, 2. Aufl., 2008, §59 Rdnr. 8-33; Kotzian-Marggraf, in: Oektor (Hrsg.), *Kommentar zum Handelsgesetzbuch*, 2009, §59 Rdnr. 4.
- (5) Koller, in: Koller/Roth/Morck, *Handelsgesetzbuch*, 6. Aufl., 2007, §59 Rdnr. 2.
- (6) Henssler, in: Heymann, *Handelsgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl., 1995, §59 Rdnr. 7; von Hoyningen-Huene, in: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 1, 2. Aufl., 2005, §59 Rdnr. 59; Etzel, in: *Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch*, 7. Aufl., 2007, §59 Rdnr. 14.
- (7) von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 51; Christoph Weber, in: *Großkommentar zum Handelsgesetzbuch*, Band 2, 5. Aufl., 2008, §59 Rdnr. 11; Boecken, a. a. O. (Fn. 4), §59 Rdnr. 10.; Wagner in: Röhricht/Graf von Westphalen, *Handelsgesetzbuch* Kommentar, 3. Aufl., 2008, §59 Rdnr. 4.
- (8) Henssler, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 2; von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 52. Vgl. von Hoyningen-Huene, *Der „freie Mitarbeiter“ im Sozialversicherungsrecht*, BB 1987, S. 1731f.
- (9) Christoph Weber, a. a. O. (Fn. 7), §59 Rdnr. 11; Wagner, a. a. O. (Fn. 7), §59 Rdnr. 4.
- (10) Henssler, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 6; von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 60; Kotzian-Marggraf, a. a. O. (Fn. 4), §60 Rdnr. 7; Ruß, in: Heiderberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Aufl., 2007, §59 Rdnr. 2; Hopt, in: Baumbach/Hopt, *Handelsgesetzbuch*, 33. Aufl., 2008, §59 Rdnr. 26.
- (11) Hopt, a. a. O. (Fn. 10), §59 Rdnr. 26; von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), vor §59 Rdnr. 7.
- (12) 一九九八年商法改正で商人規定は大幅に簡略化された。商法一条一項では「Iskaufmann」とは「商人」

の法律において商人とは商業を営む者である」とする。

商法一条一項

Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbooks ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.

(31) Koller, a. a. O. (Fn. 5), §59 Rdnr. 2; Wagner, a. a. O. (Fn. 7), §59 Rdnr. 20.

(14) 商法一条一項

Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, dass das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.

(51) Hensler, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 26.

(91) von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 63; Ruß, a. a. O. (Fn. 10), §59 Rdnr. 2; Hopt, a. a. O. (Fn. 10), §59 Rdnr. 28.

(17) Hensler, a. a. O. (Fn. 6), §59 Rdnr. 18.

(81) Karsten Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl., 1999, S. 499; Hübner, Handelsrecht, 5. Aufl., 2004, S. 124; Hartmann, Handelsrecht, 1. Aufl., 2008, S. 163. 以下のたがは註釋や評和をたすアハルベクといひ von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), vor §59 Rdnr. 6.

(91) Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, erster Theil, 1857=Lutz, Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches, Beilagenband, 1858, S. 1ff.

(28) Hahn, Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Band 1, 3. Aufl., 1878 Einleitung §3.

(12) Faktor の註釋といふは「Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, Zweiter Theil, Motive 1857 S.26 参照。」

(22) Institor に關しては、口石久美子「Institor に關する一考察」國家學會雜誌一〇八卷五・六号（一九九五年）二一七頁以下参照。

(23) Karsten Schmidt, Handlungsehilfenrecht und Handelsgesetzbuch, FS Söllner, 2000, S.1051

(24) Hahn, a. a. O. (Fn. 20), Vorbem. §1 vor Art. 41.

- (53) Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem allgem. Deutsch. Handelsgesetzbuch, ZHR10, 1866, S. 208.
- (54) Wendt, in: Endemann (Hrsg.), Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, Band 1, 1881, S. 248; Hahn, a. a. O. (Fn. 20), Vorbem. §6 vor Art. 41.
- (55) ケーシー普通商法典五八条
Der Handlungsgehülfe ist nicht ermächtigt, Rechtsgeschäfte im Namen und für Rechnung des Prinzipals vorzunehmen.
Wird er jedoch vom dem Prinzipal zu Rechtsgeschäften in dessen Handelsgewerbe beauftragt, so finden die Bestimmungen über Handlungsbevollmächtigte Anwendung.
- (56) Karsten Schmidt, a. a. O. (Fn. 23), S. 1053.
- (57) ケーシー普通商法典五六条
Ein Prokurrist oder ein zum Betriebe eines ganzen Handelsgewerbes bestellter Handlungsbevollmächtigter darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung, noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.
ケーシー普通商法典五九条一項
Ein Handlungsgehülfe darf ohne Einwilligung des Prinzipals weder für eigene Rechnung noch für Rechnung eines Dritten Handelsgeschäfte machen.
- (58) Begründung zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1895, in: Schubert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuchs von 1897, Band II /1, 1987, S. 44
- (59) von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), vor§§59 Rdnr. 4; Boecken, a. a. O. (Fn. 4), §59 Rdnr. 3; Christop Weber, a. a. O. (Fn. 7), §59 Rdnr. 2.
- (60) Brox/Henssler, Handelsrecht, 20. Aufl., 2009; Canaris, Handelsrecht, 24. Aufl., 2006; Kindler, Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., 2008; Meyer, Handelsrecht, 2007; Oekter, Handelsrecht, 5. Aufl.,

- 2007; Wiedemann/Fleischer, Handelsrecht, 8. Aufl., 2004; Steinbeck, Handelsrecht, 2005; Lettel, Handelsrecht, 1. Aufl., 2007.
- Angestellte Hilfspersonen による目次で商業使用人につき説明するものについては Hübner, Handelsrecht, 5. Aufl., 2004, S. 124. また Der kaufmännischer Angestellte による目次で商業使用人につき説明するものについては Klunzinger, Grundzüge des Handelsrechts, 13. Aufl., 2006, S. 77ff. がある。
- (33) Wiedemann/Fleischer, a. a. O. (Fn. 32); Steinbeck, a. a. O. (Fn. 32); Lettel, a. a. O. (Fn. 32).
- (34) Canaris, a. a. O. (Fn. 32), S. 3; Meyer, a. a. O. (Fn. 32), S. 169; Oetker, a. a. O. (Fn. 32), S. 1.
- (35) Brox/Henssler, a. a. O. (Fn. 32), S. 128, 146; Oetker, a. a. O. (Fn. 32), S. 135; Kindler, a. a. O. (Fn. 32), S. 127.
- (36) 目次で商業使用人が扱われている基本書に関しては、商業使用人の意義の他は、競業禁止義務の説明が中心である。Karsten Schmidt, a. a. O. (Fn. 18), S. 502ff.; Roth, Handels- und Gesellschaftsrecht, 6. Aufl., 2001, S. 280f.; Jung, Handelsrecht, 7. Aufl., 2008, S. 145; Bülow, Handelsrecht, 6. Aufl., 2009, S. 104.
- (37) 契約上の競業禁止義務に関して詳しく検討する日本の文献として以下がある。石田信平「退職後の競業禁止特約（一）—ドイツの立法規制とその規制理念—」同志社法学五九巻五号（二〇〇七年）九九頁以下、同（二）同志社法学五九巻六号（二〇〇七年）三〇五頁以下、同（三）同志社法学六〇巻二号（二〇〇八年）一四一頁以下、同（四）同志社法学六〇巻五号（二〇〇八年）三六五頁以下。
- (38) BAGv. 13. 9. 1969. BB 1970 S. 35 = AP Nr. 24 zu §611 BGB Konkurrenzklausele の判例を和訳したものとす。後藤清「商業使用人以外の被用者の競業禁止の効力」日本労働協会雑誌一五四号（一九七二年）七〇頁以下。
- (39) 二〇〇三年の営業法一〇五条以下に kaufmännischen Hilfsperson の一般的な労働法上の原則が規定された。
- (40) わが国における雇用契約中の競業禁止義務に関する裁判例として、エープライ事件—東京地判平成一五年四月二五日労働八五三三三二頁。
- (41) BAGv. 5. 25. 1970 AP Nr. 4 zu §60 HGB. 事件の概要等については、神作裕之「商法における競業禁止の法理（一）」法学協会雑誌一〇七巻八号（一九九〇年）一一六〇頁参照。

- (42) BAGv. 17. 10. 1969 AP Nr. 7 zu §611 BGB Treupflicht. 弁護士に適用を認める判例として BAGv. 16. 8. 1990 AP Nr. 10 zu §611 BGB Treupflicht, BAG v. 26. 9. 2007 NZA 2007 S. 1436.
- (43) von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), §60 Rdnr. 8; Etzel, a. a. O. (Fn. 6), §60 Rdnr. 1; Boecken, a. a. O. (Fn. 4), §60 Rdnr. 6; Kotzian-Marggraf, a. a. O. (Fn. 4), §60 Rdnr. 2; Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, 4. Aufl., 2005, §611 Rdnr. 1101; Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 13. Aufl., 2009, S. 497.
- (44) Wagner, Besonderheiten beim Arbeitsverhältnis des Handlungsgehilfen, 1993, S. 173; Ramrath, Entwicklung des Rechts der Handlungsgehilfen von den Kodifikationen bis zum Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, Festgabe Otto Sandrock, 1995, S. 273.
- (45) 「商法立案ノ主義及ヒ其区域ノ緒言」『ロessler氏起稿商法草案上巻』(司法省、複製・新青出版、一九九五年)一八丁。
- (46) Hermann Roesler, Entwurf eines Handels-Gesetzbuches für Japan mit Commentar, Bd. I, Einleitung XI (Neudruck, Shinsei-shuppan, 1996).
- (47) 『ロessler氏起稿商法草案上巻』(以下、ロessler氏商法草案上と称す)(司法省、複製・新青出版、一九九五年)一七三、一七四丁。
- (48) ロessler氏商法草案上二八六丁。
- (49) 伊東すみ子「ロessler氏商法草案の立法史的意義について」『法制史論集(石井良助先生還暦祝賀)』(創文社、一九七六年)二二七—二二九頁参照。
- (50) 民法典との重複・抵触については高田晴仁「法典編纂における商法典と民法典・下—その「重複」と「抵触」をめぐって」法律時報七一巻八号(一九九九年)八五頁以下参照。
- (51) von Hoyningen-Huene, a. a. O. (Fn. 6), vor §59 Schriftum; Christoph Weber, a. a. O. (Fn. 7), §59 Schriftum.
- (52) 烏賀陽然良Ⅱ大橋光雄Ⅱ大森忠夫「商法改正法案を評す(二)」法学論叢三四巻二号(一九三六年)三〇七、三

- 二〇頁。
- (53) 相澤哲他「会社法制の現代化に関する要綱試案」に対する各界意見の分析〔I〕「商事法務一六八八号（二〇〇四年）七、八頁。
- (54) 法制審議会会社法（現代化関係）部会第一二回会議（平成一五年九月一七日）議事録、法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp/030917-1-1.txt>。なお、発言者の氏名等は伏されている。
- (55) 法制審議会会社法（現代化関係）部会第二〇回会議（平成一六年三月一七日）議事録、法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp/040317-1-1.txt>。
- (56) 詳しくは拙稿「会社法における使用人に関する規定について」『新会社法の基本問題』（慶應義塾大学出版会、二〇〇六年）四〇一―四〇三頁参照。
- (57) 第一二回商法委員会（明治二九年七月六日）「法典調査会 商法委員会議事要録」『日本近代立法資料叢書一九』（商事法務研究会、一九八五年）六四頁。
- (58) 大隅健一郎『商法総則』（有斐閣、新版、一九七八年）一六三頁、近藤光男「商業使用人の代理権」『商法・経済法の諸問題（川又良也先生還暦記念）』（商事法務研究会、一九九四年）五頁、鴻常夫『商法総則』（弘文堂、新訂五版、一九九九年）一八〇頁、酒巻俊雄Ⅱ龍田節編（大塚龍児執筆）『逐条解説会社法第一巻総則・設立』（中央経済社、二〇〇八年）一六五頁。
- (59) 服部栄三『商法総則』（青林書院新社、第三版、一九八三年）三三四頁。
- (60) 森本滋編（北村雅史執筆）『商法総則講義』（成文堂、第三版、二〇〇七年）一〇六頁、江頭憲治郎編（北村雅史執筆）『会社法コンメンタール総則・設立』（商事法務・二〇〇八年）一七二頁。
- (61) 幾代通Ⅱ広中俊雄編（幾代通執筆）『新版注釈民法（一六）』（有斐閣、一九八九年）四六頁。
- (62) 菅野和夫「労働法」（弘文堂、第八版、二〇〇八年）七三、七四頁。
- (63) 商法における競争禁止義務の規定を横断的に検討するものとして神作裕之「商法における競争禁止の法理（一）」法協一〇七巻八号（一九九〇年）一頁以下、同（二）法協一〇七巻九号（一九九〇年）九九頁以下、同（三）法協一〇七巻一〇号（一九九〇年）一頁以下、同（四）一〇八巻一号（一九九一年）九四頁以下、同（五）法協一〇八巻二号

- (一九九一) 一頁以下。Ingo/Lutz/Karlheinz/Gerhard, Handels- und Gesellschaftrecht, Praxishandbuch, 2007, S. 92ff. は、競業禁止義務とライタイルで横断的に競業禁止義務を説明している。また競業禁止義務のみを扱うものとして Bauer/Diller, Wettbewerbsverbote, 5. Aufl., 2009 がある。
- (64) 拙稿「商業使用人の意義」『慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 慶應の法律学 商事法』(慶應義塾大学法学部、二〇〇八年) 二二七頁。
- (65) 鴻・前掲註(58) 一六一頁。
- (66) Gierke/Sandrock, Handelsrecht, Band 1, 9. Aufl., 1975, S. 341ff.
- (67) Karsten Schmidt, a. a. O. (Fn. 18), S. 510.
- (68) Martinek, Vom Handelsvertreterrecht zum Recht der Vertriebssysteme, ZHR 161, 1997, S. 67ff.

〔付記〕筆者は、本稿執筆中、フライブルク大学にて在外研究中であり、日本文献の一部は、収集につき横浜市立大学重田麻紀子准教授及び青森中央学院大学長畑周史専任講師の協力を得た。ここに記して感謝する。